

Tilburg University

## Preferente aanmerkelijkbelanghouder

Hoogeveen, M.J.

*Published in:*  
Bedrijfsopvolging

*Publication date:*  
2012

*Document Version*  
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Hoogeveen, M. J. (2012). Preferente aanmerkelijkbelanghouder: Belegger of ondernemer? In T. C. Hoogwout, & P. Kavelaars (Eds.), *Bedrijfsopvolging* (pp. 23-34). Unknown Publisher.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Preferente aanmerkelijkbelanghouder: belegger of ondernemer?

mr. dr. M.J. Hoogeveen<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Indien een aanmerkelijkbelanghouder zijn aandelen schenkt of indien hij overlijdt, is hij in beginsel aanmerkelijkbelangheffing verschuldigd. De verkrijger van de aandelen is schenk- respectievelijk erfbelasting verschuldigd. Om de continuïteit van bedrijven te waarborgen, heeft de wetgever diverse fiscale faciliteiten in het leven geroepen. De faciliteiten moeten ervoor zorgen dat de belastingheffing de continuïteit van de onderneming in de BV niet frustreert.<sup>2</sup> De faciliteiten met betrekking tot de schenking en vererving van aanmerkelijkbelangaandelen zijn met ingang van 1 januari 2010 ingrijpend gewijzigd. Dit geldt zowel voor de inkomstenbelasting als voor de schenk- en erfbelasting. Zo heeft de wetgever een doorschuifregeling voor het schenken van aanmerkelijkbelangaandelen ingevoerd mits de schenking plaatsvindt in het kader van een bedrijfsopvolging. Tegelijkertijd is de reeds bestaande doorschuifregeling bij overlijden beperkt tot situaties van een bedrijfsopvolging. Verder is de 75%-vrijstelling in de SW 1956 voor de schenking en vererving van aanmerkelijkbelangaandelen in het kader van een bedrijfsopvolging verhoogd naar een gedifferentieerde vrijstelling van deels 100% en deels 83%.

De genoemde faciliteiten zijn van toepassing indien sprake is van een bedrijfsopvolging. Zowel in de Wet IB 2001 als in de SW 1956 zijn daartoe voorwaarden gesteld. Deze laat ik hier verder onbesproken, maar in essentie komt het er op neer dat een ondernemer een onderneming moet overdragen en dat die onderneming vervolgens wordt voortgezet door een ondernemer.<sup>3</sup> Daarbij maakt het niet uit of de onderneming voor rekening en risico van de schenker of erflater wordt gedreven of door een BV waarin hij direct dan wel indirect een aanmerkelijk belang heeft. Naast de normale voorwaarden worden aan de vervreemding en de verkrijging van preferente aandelen nadere voorwaarden gesteld. Deze extra voorwaarden moeten er voor zorgen dat preferente aandelen enkel kwalificeren voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten indien zij zijn ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging. De wetgever is namelijk van mening dat de preferente aanmerkelijkbelanghouder meer als een kapitaalverstrekker moet worden beschouwd dan als een ondernemer.<sup>4</sup> Uitsluitend in geval de preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging, bestaat er volgens de wetgever reden om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te

---

<sup>1</sup> mr. dr. M.J. Hoogeveen is als universitair docent verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg van Tilburg University.

<sup>2</sup> O.a. *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4. Op geen enkele manier is aannemelijk gemaakt dat de belastingheffing leidt tot problemen voor de continuïteit van de onderneming. Uit onderzoek dat ik heb verricht ten aanzien van de heffing van successierecht blijkt dat het eerder aannemelijk is dat de problemen zich veelal niet voordoen. Voor de incidentele probleemgevallen zou verder een uitstel van betalingsregeling, of beter nog een kredietfaciliteit buiten de fiscaliteit om, een oplossing kunnen bieden. Zie uitgebreider M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving* (diss. Tilburg), Den Haag: SDU 2011, hoofdstukken 9, 10 en 13-16. Hierna dissertatie. Inmiddels heeft Rechtbank Breda, 1 augustus 2012, nr. AWB 11/5509, NTFR 2012/1997 de destijds geldende 75%-vrijstelling in strijd met het gelijkheidsbeginsel geoordeeld. Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld bij Hof Den Bosch. In andere zin Hof Arnhem 22 maart 2011, nr. 10/00194, NTFR 2011/820, welk oordeel in cassatieberoep in stand is gebleven. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep afgedaan met een beroep op art. 81 RO (HR 9 december 2011, nr. 11/02099, NTFR 2011/2811). In Duitsland ligt de daar geldende ruime vrijstelling voor ondernemingsvermogen ook onder vuur. Het Bundesfinanzhof is van mening dat de ruime vrijstelling niet gerechtvaardigd is ten opzichte van verkrijgers van privévermogen. Het hof heeft daarom het Bundesverfassungsgericht de vraag voorgelegd of de regeling in strijd is met het gelijkheidsbeginsel (BFH-Beschluss van 27 september 2012, II R 9/11).

<sup>3</sup> Zie voor een korte bespreking van de faciliteiten en de voorwaarden waaronder zij van toepassing zijn § 3.3.11, § 3.3.13 en § 3.3.17 van mijn dissertatie. Zie voor een uitgebreide bespreking van de doorschuifregelingen E.J.W. Heithuis 'Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010', TFO 2010/93 en voor de vrijstellingen S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', TFO 2010/25.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

verlenen.<sup>5</sup>

In de literatuur is de nodige kritiek uitgeoefend op deze keuze van de wetgever, mede vanwege het feit dat de normale aandeelhouder en de preferente aandeelhouder beiden risico lopen en kapitaalverstrekkers zijn.<sup>6</sup> Een stelling die daarbij ook wordt ingenomen, is dat aangezien de aanmerkelijkbelanghouder wordt belast in box 2, de faciliteiten open zouden moeten staan voor iedere aanmerkelijkbelanghouder.<sup>7</sup> Op het eerste gezicht doet het wellicht ook vreemd aan om de preferente aandeelhouder voor de heffing van inkomstenbelasting min of meer hetzelfde te belasten als een soort IB-ondernemer, om hem dan vervolgens voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uit te sluiten van de faciliteiten omdat hij een belegger zou zijn.

In deze bijdrage staat dan ook de vraag centraal of de onder de ab-regeling vallende preferente aandeelhouder als een ondernemer dan wel als een belegger moet worden beschouwd en daarmee of het uitsluiten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten past binnen de ratio's van de aanmerkelijkbelangregeling en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Daartoe zal in § 2 eerst de ratio van de aanmerkelijkbelangregeling worden besproken. Vervolgens zal in § 3 worden aangegeven wat de beweegredenen van de wetgever zijn geweest om de preferente aandeelhouder op te nemen in de aanmerkelijkbelangregeling. In § 4 worden de redenen van de wetgever gegeven om voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten extra voorwaarden te stellen aan de vervreemding en verkrijging van preferente aandelen. In § 5 wordt vervolgens getoetst of de preferente aandeelhouder terecht de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt onthouden. Ik sluit deze bijdrage af met een korte conclusie in § 6.

## **2. Ratio aanmerkelijkbelangregeling en doorschuifregelingen**

### **2.1 Ratio aanmerkelijkbelangregeling**

Voor de grootscheepse herziening van de aanmerkelijkbelangregeling in 1997 werd aan de aanmerkelijkbelanghouder een soort dubbele identiteit toegekend.<sup>8</sup> Enerzijds was een aandeelhouder met een 'wezenlijk belang' te vergelijken met een ondernemer. Anderzijds was een aandeelhouder te vergelijken met een belegger. Immers, hij houdt slechts aandelen. De gedachte was dat bij het ontbreken van een aanmerkelijkbelangregeling grootaandeelhouders belaste dividenduitkeringen konden tegengaan door dividenden op te potten in de vennootschap. Hierdoor kon een progressieve belastingheffing over dividenduitkeringen worden voorkomen. Zonder aanmerkelijkbelangregeling kon vervolgens de vermogenswinst belastingvrij worden genoten op het moment dat de aandelen werden verkocht (oppotargument). De aanmerkelijkbelangregeling trachtte dit te voorkomen.

Met ingang van 1 januari 1997 is de aanmerkelijkbelangregeling ingrijpend herzien. Reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen werden en worden vanaf dat moment tegen hetzelfde tarief

---

<sup>5</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

<sup>6</sup> Zie o.a. A.M.A. de Beer, '(Ir) reële bedrijfsopvolgingen', WFR 2010/1242; E.J.W. Heithuis, 'Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010', TFO 2010/93, § 2.4.2; M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting met ingang van 2010: mag het ietsje eenvoudiger?', WPNR 2010/6844, § 2.1.6; S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', TFO 2010/25, § 4.4.3 en S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?', WPNR 2009/6802, § 4.4 en S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Vragen, antwoorden en nieuwe vragen', WPNR 2010/6841, § 3.6. Ook wordt wel aangegeven dat de voorwaarden die de wetgever stelt aan preferente aandelen onvoldoende waarborgen dat de faciliteiten ook altijd van toepassing zijn bij een gefaseerde bedrijfsopvolging.

<sup>7</sup> E.J.W. Heithuis, 'Notitie fiscale positie directeur-grootaandeelhouder; een reactie', WFR 2009/889, § 3.3.1 en C.G. Dijkstra, 'Meeslepen of meetrokken, maar niet doorschuiven?', WFR 2011/725.

<sup>8</sup> Zie over de historie van de aanmerkelijkbelangregeling uitgebreider A.C. Rijkers & J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 22-24.

in de heffing betrokken. Het inkomen uit aanmerkelijk belang wordt vanaf dat moment belast tegen 25%. Samen met de vennootschapsbelasting is de belastingdruk hierdoor min of meer gelijk aan de belastingdruk bij een IB-ondernemer. Het percentage vanaf wanneer sprake was van een aanmerkelijk belang werd daarbij aanzienlijk verlaagd, namelijk van 33 1/3% naar 5%. De keuze voor het 5%-percentage is gemaakt om een goed evenwicht te creëren tussen een aandeelhouderbelegger en een aandeelhouderondernemer.<sup>9</sup> Hierbij is tevens een vergelijking gemaakt met de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting. Daar geldt ook een percentage van 5% om het onderscheid tussen ondernemen en beleggen te maken.<sup>10</sup> Vanaf 1997 ligt dan ook meer de nadruk op de ondernemersparalleliteit.<sup>11</sup>

Dit wil overigens niet zeggen dat iedere aanmerkelijkbelanghouder dus als een ondernemer wordt beschouwd. Immers, de aanmerkelijkbelangregeling is ook van toepassing ingeval van een aanmerkelijk belang in een beleggings-BV, terwijl een dergelijke aandeelhouder toch bezwaarlijk als een ondernemer kan worden aangemerkt. Immers, zou hij het vermogen rechtstreeks houden, zou hij via box 3 in de heffing worden betrokken en niet in box 1. Naar de mening van Rijkers kan de heroriëntatie tussen de beleggende en de ondernemende aandeelhouder dan ook slechts haar verklaring vinden in het feit dat in 1997 de tijd nog niet rijp was voor een volledige vermogenswinstheffing. De politieke grens daarvoor was kennelijk bereikt bij 5%. De vergelijking met de ondernemer gaat naar zijn mening wel op in die zin dat beiden worden belast over hun 'totaalwinst'.<sup>12</sup>

Met andere woorden, de wetgever heeft met de wetwijziging in 1997 'slechts' een vermogenswinstbelasting willen invoeren.<sup>13</sup> Vanuit een wetsystematisch standpunt is de kwalificatie van een aanmerkelijkbelanghouder als 'ondernemer' of als 'belegger' dan ook eigenlijk niet van belang. Hierna zal ik de problematiek met betrekking tot de preferente aandeelhouder en de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vanuit een historisch perspectief analyseren.

## 2.2 Ratio doorschuifregelingen

Oorspronkelijk bestond er alleen een doorschuifregeling bij overlijden. Deze doorschuifregeling moet in samenhang worden gezien met de invoering van de fictieve eindafrekening bij overlijden. Aangezien het overlijden van een aanmerkelijkbelanghouder geen vervreemding is in de zin van de aanmerkelijkbelangregeling en de verkrijgers van de aandelen wel een verkrijgingsprijs kregen naar de omvang van de waarde in het economische verkeer van de aandelen, bestond er oorspronkelijk een heffingslek. Om die reden is er een eindafrekening bij overlijden ingevoerd. Om de fiscale gevolgen van deze eindafrekening te verzachten, heeft de wetgever met ingang van 1 januari 1965 voor deze situatie een doorschuifregeling ingevoerd.<sup>14</sup> Voor de schenking van aanmerkelijkbelangaandelen bestond tot 1 januari 2010 geen doorschuifregeling.<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 14.

<sup>10</sup> In de literatuur is kritiek uitgeoefend op het percentage van 5%. Doornebal bijvoorbeeld vindt de grens van 5% niet reëel. Hij meent dat alle ondernemers, ongeacht de omvang van hun aandelenbezit, onder de aanmerkelijkbelangregeling zouden moeten vallen. J. Doornebal & A.C. Rijkers, 'Het nieuwe aanmerkelijkbelangregime', TFO 1996/149, § 3. Heithuis is van mening dat er bij een percentage van 5% geen onderscheid tussen ondernemen en beleggen kan worden genomen. E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen. Het nieuwe regime geëvalueerd* (diss. Rotterdam), Schiedam 1999, p. 118. In gelijke zin A.C. Rijkers & Van Dijck, t.a.p., p. 42-43.

<sup>11</sup> R.E. Zwier, 'De soortbenadering in het aanmerkelijk belang', WFR 2011/978, § 2.1. Zie ook R.E. Zwier, 'De dubbele identiteit van de aanmerkelijkbelanghouder', WFR 2012/52, § 2.

<sup>12</sup> A.C. Rijkers & Van Dijck, t.a.p., p. 42.

<sup>13</sup> Overigens geldt met ingang van 1 januari 2001 voor bijna alle inkomenscategorieën een vermogenswinstbelastingregime; ook voor niet-ondernemers, zoals bij resultaat uit overige werkzaamheden. De enige vreemde eend in de bijt is box 3 waar slechts op forfaitaire wijze rekening wordt gehouden met vermogensmutaties.

<sup>14</sup> Zie over de historie en ratio van de doorschuifregeling en kritiek op de invoering van de doorschuifregeling uitgebreid M.J. Hoogeveen, 'De zin en onzin van een doorschuifregeling voor de bedrijfsopvolging', WFR 2000/1134.

<sup>15</sup> Hierop bestond in de literatuur veel kritiek. Zie voor een overzicht van deze literatuur noot 1602 van mijn dissertatie.

Met ingang van 1 januari 2010 hebben er diverse wijzigingen plaatsgevonden op het gebied van de doorschuifregelingen. Allereerst is het karakter van de doorschuifregeling bij overlijden gewijzigd van een algemene overlijdensfaciliteit in een bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Thans is het uitgangspunt dat bij overlijden steeds moet worden afgerekend, tenzij sprake is van een bedrijfsopvolging.<sup>16</sup> Ten tweede is er voor de situatie van een schenking ook een doorschuifregeling ingevoerd, die ook uitsluitend van toepassing is in geval van een bedrijfsopvolging. Hiermee wordt voorkomen dat de bedrijfsopvolging niet langer wordt uitgesteld tot het overlijden van de aanmerkelijkbelanghouder.<sup>17</sup> Met de invoering van een doorschuifregeling bij schenking wordt volgens de wetgever uitvoering gegeven aan een breed gedragen wens van het bedrijfsleven.<sup>18</sup>

## 2.3 Conclusie

De conclusie is dat hoewel tussen de IB-ondernemer en de aanmerkelijkbelanghouder ondernemersparallelliteit bestaat, niet iedere aanmerkelijkbelanghouder dus een ondernemer is. De ratio en de reikwijdte van de aanmerkelijkbelangregeling verzetten zich niet tegen het stellen van nadere voorwaarden voor de toepassing van de doorschuifregelingen. Immers, deze faciliteiten hebben uitdrukkelijk tot doel de bedrijfsopvolging te faciliteren. Hetzelfde geldt overigens ten aanzien van de vrijstellingen voor de schenk- en erfbelasting.

## 3. De historie en ratio van preferente aandelen binnen de aanmerkelijkbelangregeling

### 3.1 Situatie voor maart 1991: geen aanmerkelijk belang

In het Besluit IB 1941 werd voor zover ik heb kunnen nagaan geen specifieke aandacht besteed aan de behandeling van preferente aandelen in het kader van een aanmerkelijk belang. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet IB 1964 zijn de preferente aandelen wel aan de orde gekomen. In het Voorlopig Verslag wordt aangegeven dat:<sup>19</sup>

‘(...) ten onrechte geen onderscheid wordt gemaakt tussen diverse soorten aandelen. Prioriteitsaandelen zijn vrijwel steeds beperkt tot een matig dividend en tot ontvangst van het nominale bedrag in geval van liquidatie. (...) Wanneer zij met winst worden verkocht, vindt die winst haar grond geenszins in de reserves van de n.v., maar wel in de genoemde rechten. Daarom is het - ook in de gedachtegang van de bewindslieden - onjuist dergelijke aandelen aan het a.b.-regime te onderwerpen.’

Uit het antwoord blijkt dat ook de bewindspersonen van mening zijn dat de genoemde aandelen niet onder het aanmerkelijkbelangregime vallen.<sup>20</sup> Daarbij geven zij tevens aan dat dit ook geldt voor andere aandelen waarin geen recht op de reserves is belichaamd, zoals bij preferente aandelen het geval is.<sup>21</sup> Volgens de bewindslieden was het niet nodig om dit vast te leggen in de wettekst.

In HR 21 november 1979, nr. 19 297, BNB 1980/100 oordeelde de Hoge Raad inderdaad dat het

---

Indien een doorschuifregeling bij overlijden bestaat, mag een doorschuifregeling bij leven niet ontbreken. Zie M.J. Hoogeveen, *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, Deventer: Kluwer 2004, § 4.2.3 en § 4.2.4. Zie ook J. Doornebal & A.C. Rijkers, t.a.p., § 10.2.

<sup>16</sup> Reeds in 2000 heb ik aangegeven dat de doorschuifregeling beperkt zou moeten tot de situatie waarin de BV een onderneming drijft. Zie noot 14.

<sup>17</sup> In de praktijk bleek dit effect zich ook voor te doen. Zie W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.I.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten; Een praktijkonderzoek*. Tilburg: BDO Camps Oers 2009.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 32 129, nr. 3, p. 3.

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* 1962/63, 5 380, nr. 16, p. 24, lk.

<sup>20</sup> *Kamerstukken II* 1962/63, 5 380, nr. 19, p. 58, lk.

<sup>21</sup> Rijkers & Van Dijk, t.a.p. 39.

voordeel dat bij de vervreemding van prioriteitsaandelen werd behaald, niet kon worden aangemerkt als winst uit aanmerkelijk belang. Eerder had hij in HR 23 januari 1974, nr. 17 149, BNB 1974/132 echter tevens geoordeeld dat preferente aandelen wel meetellen voor de bepaling of een aandeelhouder voldeed aan het kwantitatieve criterium voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling. Doordat preferente aandelen wel meetelden voor de aanwezigheid van een aanmerkelijk belang kon eenvoudig onder de aanmerkelijkbelangregeling worden uitgekomen. Als gevolg van de uitgifte van preferente aandelen bij andere aandeelhouders verwaterde het belang van de ‘normale’ aandeelhouders. Destijds kende de Wet IB 1964 geen afrekenmoment als een aanmerkelijkbelanghouder ophield aanmerkelijkbelanghouder te zijn, zodat de claim verloren ging. In HR 11 mei 1988, nrs. 24 918, 25 006 en 25 231, BNB 1988/289-291 zijn deze zogenoemde verwateringsconstructies gesanctioneerd. Volgens de Hoge Raad werd niet in strijd met doel en strekking van de aanmerkelijkbelangregeling gehandeld. Vrijwel direct na deze arresten gaf de staatssecretaris aan met reparatiewetgeving te komen.<sup>22</sup>

### **3.2 Situatie tussen maart 1991 en 1997: uitzondering voor specifieke preferente aandelen**

Om de verwateringsconstructies tegen te gaan, zijn met ingang van 20 maart 1991 enige wijzigingen in de aanmerkelijkbelangregeling aangebracht.<sup>23</sup> Ten eerste werden de preferente aandelen voor de bepaling of werd voldaan aan het kwalitatieve criterium geëlimineerd uit het nominaal gestorte kapitaal. Van preferente aandelen was volgens artikel 39, lid 3 Wet IB 1964 sprake indien de winstgerechtigdheid beperkt was tot een dividend van maximaal 10% van het op de aandelen nominaal gestorte kapitaal, het dividend jaarlijks werd uitgekeerd en de aandelen bij ontbinding niet deelden in de reserves van de vennootschap. Werd er aan één van de voorwaarden niet voldaan, dan voldeden de preferente aandelen niet aan de beschrijving van artikel 39, lid 3 Wet IB 1964 en werden zij beschouwd als ‘normale aandelen’. Die aandelen telden dus wel mee voor de bepaling of sprake was van een aanmerkelijk belang en het daarmee behaalde voordeel werd ook belast als inkomen uit aanmerkelijk belang. Ten tweede werd het soort aanmerkelijk belang geïntroduceerd. Indien geen sprake van een normaal aanmerkelijk belang, werd vanaf dat moment getoetst of sprake was van een aanmerkelijk belang in een soort. Er zijn verschillende soorten aandelen indien sprake is van een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap (zoals het geval is bij letteraandelen met een eigen dividendreserve), maar ook indien tussen verschillende soorten aandelen uitsluitend een verschil bestaat met betrekking tot de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap (HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80). Ten derde werd de verwatering aangepakt door de invoering van het aflopende aanmerkelijk belang. Een aanmerkelijk belang werd vanaf dat moment ook aanwezig geacht als er sprake was van een aandelenpakket, dat op zichzelf niet aan de eisen van een aanmerkelijk belang voldeed, maar dat daaraan in het verleden wel had voldaan. Gedurende vijf jaar nadat de aandelen de aanmerkelijkbelangpositie hadden verloren, werden zij nog als aanmerkelijkbelangaandelen aangemerkt. Na de vijfjaarsperiode ging de aanmerkelijkbelangpositie overigens alsnog verloren, zonder dat dit leidde tot een afrekenmoment.

### **3.3 Situatie vanaf 1997: altijd een aanmerkelijk belang**

Met ingang van 1997 is de aanmerkelijkbelangregeling zoals in § 2 is aangegeven ingrijpend gewijzigd. Naast de daar genoemde wijzigingen verdween de specifieke uitzondering voor preferente aandelen. Dit heeft tot gevolg gehad dat alle preferente aandelen volledig meetellen voor de kwalificatie van een aanmerkelijk belang en ook dat reguliere - en vervreemdingsvoordelen belast worden als inkomen uit aanmerkelijk belang. Zij kunnen ook gelden als een afzonderlijke

---

<sup>22</sup> *Kamerstukken II* 1987/88, nr. 771, Aanhangsel, p. 1551 in antwoord op Kamervragen van het lid Kombrink (PvdA) naar aanleiding van de genoemde arresten.

<sup>23</sup> Wet tot wijziging van de inkomstenbelasting (beperkte reparatie van het regime inzake de winst uit aanmerkelijk belang) van 7 maart 1991, Stb. 1991, 94.

soort.<sup>24</sup> Daarnaast werd de regeling van het aflopende aanmerkelijk belang gewijzigd in het thans ook nog geldende fictief aanmerkelijk belang. Het verschil tussen beide regelingen is dat bij een aflopend aanmerkelijk belang na vijf jaar de aanmerkelijkbelangpositie zonder 'exit'-heffing werd verlaten, terwijl dat bij een fictief aanmerkelijk belang niet het geval is. Het ophouden aanmerkelijkbelanghouder te zijn, wordt aangemerkt als een fictieve vervreemding (art. 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001). Verwateringsconstructies met preferente aandelen zijn vanaf het jaar 1997 dus niet meer mogelijk.

### **3.4 Conclusie**

De conclusie is dat de wetgever oorspronkelijk van mening was dat preferente aandelen niet tot het aanmerkelijk belang behoorde omdat in deze aandelen geen reflectie van de winst van de BV was vertegenwoordigd. Naar aanleiding van de verwateringsconstructies is de wetgever op dit uitgangspunt eerst deels en later geheel teruggekomen. De preferente aandelen zijn dan ook om anti-misbruikredenen tot het aanmerkelijkbelangregime gaan behoren en niet omdat de wetgever van mening was dat zij materieel een ondernemerspositie vertegenwoordigen. Dit betekent dat het stellen van nadere voorwaarden aan voor de toepassing van de doorschuifregelingen, en overigens ook voor de vrijstellingen voor de schenk- en erfbelasting, niet conflicteert met de wens van de wetgever om preferente aandeelhouders in box 2 in de heffing te betrekken.

## **4. Visie wetgever preferente aandelen en bedrijfsopvolging**

### **4.1 Inleiding**

Met ingang van 1 januari 2010 is het uitgangspunt dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitsluitend nog maar van toepassing zijn bij een reële bedrijfsopvolging:<sup>25</sup>

'Hierbij is het ten eerste uitdrukkelijk de bedoeling dat alleen reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd; niet minder, maar ook niet meer. Een reële bedrijfsopvolging is in het wetsvoorstel gedefinieerd als een overdracht van een 'onderneming' door een 'ondernemer', die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming als ondernemer voortzet. Verder is het uitdrukkelijk de bedoeling om ook bepaalde gefaseerde bedrijfsopvolgingen te faciliteren.'

Preferente aandelen kwalificeren dan ook enkel nog maar voor de doorschuifregelingen indien zij in het leven geroepen zijn als schakel in een gefaseerde bedrijfsopvolging. Dit geldt ook voor de toepassing van de vrijstellingen in de SW 1956. Tijdens de parlementaire behandeling is de nodige aandacht besteed aan de positie van de preferente aandeelhouder. In deze paragraaf bespreek ik enige relevante passages uit de parlementaire behandeling.

### **4.2 Hoofdregel: preferente aandeelhouder is geen ondernemer**

Uit de parlementaire behandeling blijkt duidelijk dat de wetgever de preferente aandeelhouder voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet als een ondernemer ziet, maar als een belegger. De wetgever beschouwt een preferente aandeelhouder als een kapitaalverschaffer en een kapitaalverschaffer is geen overdragende ondernemer en geen bedrijfsopvolger in de zin van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.<sup>26</sup> In de Nota naar aanleiding van het verslag wordt hierover

---

<sup>24</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 44.

<sup>25</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 17. Zie ook o.a. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5 en p. 43, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 24 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 3 en 5. Zie over het begrip reële bedrijfsopvolging uitgebreid A.M.A. de Beer, t.a.p.

<sup>26</sup> O.a. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43 en *Kamerstukken I* 2009/10, 32 128, nr. E, p. 7.

opgemerkt:<sup>27</sup>

‘Houders van preferente aandelen en houders van een medegerechtigdheid (...) kunnen worden beschouwd als kapitaalverschaffers, omdat zij feitelijk niets anders zijn dan financiers van de onderneming (in de BV). Uit de vooraf gegeven visie blijkt reeds dat dergelijke financiers niet de ondernemers zijn waarvoor de faciliteiten zijn bedoeld. De overgang van dit soort van kapitaalvormen, vormt geen bedrijfsopvolging.’

Aangegeven wordt dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling is om iedere verkrijging van vermogen dat op enigerlei wijze aan ondernemers en ondernemingen ter beschikking is gesteld, te faciliteren:<sup>28</sup>

‘Hoe wenselijk het verschaffen van kapitaal aan ondernemers mogelijk ook is, de faciliteiten zijn daarvoor niet bedoeld; er is nu eenmaal geen sprake van een bedrijfsopvolging.’

Evenmin zijn de faciliteiten bedoeld om familievermogen dat geen ondernemingsvermogen is, onbelast binnen de familie te laten vererven. Dat door de eisen die aan de verkrijging en vervreemding van preferente aandelen worden gesteld de faciliteiten mogelijk niet volledig wordt benut, is volgens de wetgever eveneens geen argument geweest om de eisen te laten vervallen:<sup>29</sup>

‘Geen enkele andere verkrijger die vermogen verkrijgt uit een nalatenschap waartoe geen ‘normale’ aandelen behoren in een actieve BV heeft recht op de faciliteiten. De houders van de preferente aandelen worden daarmee gelijk behandeld met de eerst genoemde verkrijgers.’

#### **4.3 Uitzondering: preferente aandelen ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging**

Op de hoofdregel dat de preferente aandeelhouder niet als ondernemer kan worden beschouwd, maakt de wetgever een uitzondering. Preferente aandelen kunnen wel delen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, indien:

1. de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater/schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen;
2. de omzetting gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander;
3. de vennootschap ten tijde van de omzetting een onderneming dreef en
4. de erfrechtelijke verkrijger/begiftigde van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen.

Met deze voorwaarden beoogt de wetgever te bereiken dat de faciliteiten wel van toepassing zijn als sprake is van een zogenoemde gefaseerde bedrijfsopvolging.<sup>30</sup> Alleen dan bestaat er volgens de wetgever voldoende rechtvaardiging om ter zake van preferente aandelen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te verlenen.<sup>31</sup> Hierbij maakt het overigens niet uit of de preferente aandelen direct of indirect middels een holding worden gehouden.<sup>32</sup> Volgens de wetgever wordt

---

<sup>27</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 97.

<sup>28</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 17.

<sup>29</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 27.

<sup>30</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43. Of dit doel geheel wordt bereikt, wordt in de literatuur in twijfel getrokken. Zie de in noot 6 genoemde literatuur.

<sup>31</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

<sup>32</sup> Met betrekking tot de verkrijging van indirecte preferente aandelen wordt overigens aangegeven dat de regeling ruimer werkt dan onder de SW 1956 voor 1 januari 2010 het geval was. Daartoe verwijst de wetgever naar het oordeel van Rechtbank Breda van 6 juni 2008, nr. AWB 07/3226, NTFR 2008/1541 waarin de Rechtbank oordeelde dat in geval van indirect gehouden preferente aandelen toerekening van het vermogen van de werkmaatschappij aan de holding in het geheel niet kon plaatsvinden. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 99.



hiermee recht gedaan aan de praktijk en de kerngedachte van de bedrijfsopvolgingsregeling.<sup>33</sup>

#### 4.4 Conclusie

Het is uitdrukkelijk het doel van de wetgever geweest om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Dit betekent dat de faciliteiten alleen open zouden moeten staan voor ondernemers. De wetgever is van mening dat een preferente aandeelhouder een belegger is. Vanuit deze visie bezien, is het juist de preferente aandelen van de faciliteiten uit te sluiten, tenzij zij zijn verkregen in het kader van een bedrijfsopvolging. Of de visie van de wetgever ten aanzien van de preferente aandeelhouder juist is, wordt onderzocht in de volgende paragraaf.

### 5. Preferente aanmerkelijkbelanghouder terecht uitgesloten?

#### 5.1 Box 2-heffing reden om geen voorwaarden te stellen?

Een aanmerkelijkbelanghouder wordt belast via box 2 ongeacht de aard van de activiteiten van de BV. De aard van de activiteiten speelt evenmin een rol voor de heffing van vennootschapsbelasting. Dit laatste is reden voor Heithuis om zich uit te spreken tegen een materiële ondernemingseis voor de toepassing van de doorschuifregelingen.<sup>34</sup>

‘Als men in de vpb voor de vaststelling van de subjectieve belastingplicht geen materiële-ondernemingseis stelt aan lichamen, ligt het mijns inziens niet voor de hand een dergelijke materiële-ondernemingseis wel te stellen in het nauw met de vpb samenhangende aanmerkelijk belangregeling, al is het beperkt voor de verervings- en nieuwe schenkingsfaciliteit.’

Dijkstra is een soortgelijke mening toegedaan ten aanzien van het uitsluiten van de meetrek aanmerkelijkbelanghouder ex art. 4.10 Wet IB 2001.<sup>35</sup> Naar zijn mening bestaat er geen reden om deze aanmerkelijkbelanghouder van de faciliteiten uit te sluiten, mede omdat hij als een aanmerkelijkbelanghouder wordt belast in box 2.

Ik deel de mening van beide genoemde auteurs niet. De ratio van de aanmerkelijkbelangregeling verzet zich niet tegen het stellen van nadere voorwaarden in geval van een bedrijfsopvolgingsfaciliteit (zie § 2). Uitgangspunt voor de heffing van inkomstenbelasting bij een aanmerkelijkbelanghouder is dat hij wordt belast voor zijn ‘totaalwinst’. Eens maar uiterlijk bij overlijden moet over de aanmerkelijkbelangwinst inkomstenbelasting worden betaald. Met betrekking tot de schenk- en erfbelasting is het uitgangspunt dat een verkrijging krachtens schenking of erfrecht belast is tegen de waarde in het economische verkeer ten tijde van de verkrijging. Alleen indien daar een afdoende rechtvaardiging voor bestaat, kan van deze uitgangspunten worden afgeweken. De wetgever heeft gemeend dat deze rechtvaardiging bestaat in de situatie van een bedrijfsopvolging. De belastingheffing mag niet leiden tot continuïteitsproblemen bij de onderneming. Van een bedrijfsopvolging is kort gezegd sprake indien een ondernemer een onderneming overdraagt en dat die onderneming vervolgens wordt voortgezet door een ondernemer. De activiteiten van de BV zijn dus wel degelijk van belang om een gerechtvaardigde inbreuk op de heffing van inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting te kunnen maken. Dat de heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting onafhankelijk is van de aard van de activiteiten van de BV is dan ook geen valide argument tegen het stellen van de materiële ondernemingseis. Het gaat immers om een *uitzondering* op de hoofdregel die afrekenen bij vervreemding impliceert. Evenmin is de box-2 heffing reden om iedere

<sup>33</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 3, p. 5.

<sup>34</sup> E.J.W. Heithuis, ‘Notitie fiscale positie directeur-groootaandeelhouder; een reactie, WFR 2009/889, § 3.3.1.

<sup>35</sup> C.G. Dijkstra, t.a.p.

aanmerkelijkbelanghouder dus een bedrijfsopvolgingsfaciliteit te verlenen. Niet iedere aanmerkelijkbelanghouder is gelijk te stellen met een ondernemer. Hij hoeft daarmee ook niet gelijkgesteld te worden. Zoals uit § 2 blijkt, kan er wel ondernemersparallelliteit tussen de aanmerkelijkbelanghouder en de IB-ondernemer bestaan, maar de box 2-heffing is niet beperkt tot 'ondernemende' aanmerkelijkbelanghouders. De ratio en de reikwijdte van de aanmerkelijkbelangregeling verzetten zich daarom niet tegen het stellen van nadere voorwaarden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Integendeel, de uitzondering op de hoofdregel vraagt om specifieke condities.

Uit de historie blijkt dat de preferente aandeelhouder uitsluitend om anti-misbruikredenen wordt belast via box 2 en niet omdat de wetgever de preferente aandeelhouder als een ondernemer ziet. Tijdens de parlementaire behandeling van de herziening is aan dit aspect geen aandacht besteed. Dat is wel het geval ten aanzien van de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder. De wetgever merkt ter zake op:<sup>36</sup>

'De meetrekbepaling van artikel 4.10 Wet inkomstenbelasting 2001 zorgt ervoor dat aanmerkelijkbelangvermogensbestanddelen van familie in de rechte linie van een 'echte' aanmerkelijkbelanghouder in de aanmerkelijkbelangregeling worden getrokken. Deze bepaling is in die wet opgenomen om misbruik te voorkomen. Daarmee zijn deze meegetrokken aanmerkelijkbelanghouders geen ondernemers en bestaat er geen reden om hen als 'ondernemer' in de zin van de bedrijfsopvolgingsregeling te betrekken, ondanks dat zij, om anti-misbruikredenen, wel in box 2 worden belast.'

De meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder wordt dus van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitgesloten omdat hij niet als ondernemer wordt beschouwd en enkel om anti-misbruikredenen voor inkomstenbelasting in box 2 wordt belast. Dit geldt tenminste ook voor de preferente aanmerkelijkbelanghouder.

Overigens kan ook nog worden gewezen op het feit dat onder de regeling zoals die bestond voor 1 januari 2010 de vrijstelling voor het toenmalige schenk- en successierecht in de praktijk werd opgezocht door vlak voor overlijden belast vermogen om te zetten in een 5%-belang in de vorm van preferente aandelen in een actieve BV.<sup>37</sup> Dit zijn niet de ondernemers waarvoor de faciliteiten zijn bedoeld. Doordat aan de verkrijging van preferente aandelen nadere eisen worden gesteld, is het op deze wijze opzoeken van de faciliteiten terecht onmogelijk gemaakt.<sup>38</sup>

## **5.2. Lopen van risico en kapitaalverstrekker**

De wetgever meent dat de preferente aandeelhouder veel meer te vergelijken is met een belegger dan met een ondernemer. De preferente aandeelhouder verstrekt weliswaar kapitaal aan een BV en krijgt daarvoor een winstafhankelijke vergoeding, maar dat maakt hem volgens de wetgever geen ondernemer. Uit hetgeen is aangegeven in § 3 blijkt dat de wetgever dit eigenlijk steeds van mening is geweest.

In de literatuur is aangegeven dat de preferente aandeelhouder wel voor de faciliteiten in aanmerking zou moeten komen, omdat hij risico loopt. Bovendien wordt aangevoerd dat gewone

---

<sup>36</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 20-21.

<sup>37</sup> Dit vond ook op andere manieren plaats, zodat de wetgever tevens een bezitstermijn van één jaar heeft ingevoerd in geval van overlijden van de 'normale' aandeelhouder.

<sup>38</sup> In de praktijk worden de faciliteiten nog steeds opgezocht in plaats van dat zij alleen worden gebruikt in situaties waarin de bedrijfsopvolging zich op natuurlijke wijze aandient. Gegeven het grote fiscale voordeel dat met de faciliteiten kan worden behaald, is dit gedrag weinig verwonderlijk. Zie hierover uitgebreider § 12.3 van mijn dissertatie.

aandeelhouders net als preferente aandeelhouders ook kapitaalverstrekkers zijn, zodat om die reden geen onderscheid tussen beide ‘soorten’ aandeelhouders gemaakt zou moeten worden.<sup>39</sup> Het enkel lopen van risico maakt een belastingplichtige echter voor de heffing van inkomstenbelasting geen ondernemer. Het kapitaalverstrekkerargument is evenmin valide. Uiteraard verstrekken beide aandeelhouders kapitaal aan de vennootschap. Echter normale aandelen delen volledig in de winstreserves en de liquidatieopbrengsten, terwijl preferente aandelen alleen recht geven op een dividend.<sup>40</sup> De houder van gewone aandelen is in dat opzicht wel te vergelijken met een ondernemer, de preferente aandeelhouder niet.

Om dezelfde redenen als die gelden voor de preferente aandeelhouder ziet de wetgever de medegerechtigde als een belegger. Oorspronkelijk wilde de wetgever met ingang van 1 januari 2001 de medegerechtigde dan ook belasten via box 3.<sup>41</sup>

‘Naar ons oordeel is, in veel gevallen, de positie van een medegerechtigde in een onderneming die niet aansprakelijk is voor de schulden maar wel een winstafhankelijke opbrengst geniet, beter vergelijkbaar met de positie van een belegger (aandeelhouder, schuldeiser met een achtergestelde winstdelende vordering) dan met die van een ondernemer.’

Bij de tweede nota van wijziging is de medegerechtigde alsnog in box 1 terechtgekomen.<sup>42</sup> Dit vanwege het feit dat anders:<sup>43</sup>

‘(...) constructies mogelijk worden die inhaken op het verschil in belastingdruk dat optreedt tussen de «echte» ondernemer die voor zijn winstinkomen progressief wordt belast in Box I en de commanditaire vennoot die in het wetsvoorstel onder het forfaitaire rendement valt zonder dat ten aanzien van hem sprake is van voordruk van vennootschapsbelasting zoals dat bij de belegger in aandelen wel het geval is. Hiermee zou de keuze voor het gebruik van een commanditaire vennootschap in belangrijke mate kunnen worden beïnvloed door het verschil in belastingheffing, wat uiteraard eveneens ongewenst zou zijn.’

Het is dus niet zo dat de wetgever van mening is dat de medegerechtigde een ondernemer is. Hem worden ook diverse ondernemersfaciliteiten zoals de stakingsaftrek en de MKB-vrijstelling onthouden. De geruisloze inbreng ex art. 3.65 Wet IB 2001 en de aftrek van premies in geval van een stakingslijfrente ex art. 3.129, lid 4 Wet IB 2001 staan slechts open voor de medegerechtigde indien zijn medegerechtigdheid een voortzetting vormt van een eerder voor zijn rekening gedreven onderneming. Dat bepaalde ondernemersfaciliteiten voor een medegerechtigde uitsluitend van toepassing zijn in geval van een gefaseerde bedrijfsopvolging is dus geen novum. Het past in de visie van de wetgever ten aanzien van medegerechtigde om ook de faciliteiten voor de schenk- en erfbelasting te beperken tot die situaties.<sup>44</sup> Hetzelfde heeft dan te gelden voor de preferente aandeelhouder.

### 5.3. Kritische kanttekening

Hoewel ik dus van mening ben dat de wetgever terecht nadere voorwaarden stelt aan de verkrijging

---

<sup>39</sup> Zie noot 6.

<sup>40</sup> Uiteraard zijn er allerlei tussen vormen mogelijk waarbij de vraag opkomt wat onder preferente aandelen moet worden verstaan. Zie hierover uitgebreid M.G.H. van der Kroon, ‘Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen’, WFR 2012/1110.

<sup>41</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, A, punt 21.

<sup>42</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 19, p. 28-29.

<sup>43</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 7, p. 124-125.

<sup>44</sup> Hetzelfde zou moeten gelden voor de toepassing van de doorschuifregelingen voor de medegerechtigde. Dit is echter niet het geval. In die zin heeft de wetgever zijn visie niet consequent doorgevoerd.

en vervreemding van preferente aandelen, past hierbij wel een kritische kanttekening. De Beer geeft naar mijn mening terecht aan dat de huidige wetgeving er evenmin toe leidt dat steeds ondernemers zullen kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Immers, de omvang van het aandelenbezit is het enige criterium dat wordt aangelegd voor de toepassing van de faciliteiten op het niveau van de overdrager en de overnemer, behoudens dan de eis dat in geval van schenking voor wat betreft de doorschuifregeling de overnemer reeds voor drie jaar werkzaam moet zijn.<sup>45</sup> Er wordt geen enkele betrokkenheid of zeggenschap van de overnemer nog de overdrager geëist.<sup>46</sup> Het enkel houden van minimaal 5% van normale aandelen is afdoende, terwijl in een situatie zonder enige verdere betrokkenheid of zeggenschap van de aandeelhouder toch moeilijk van een ondernemer kan worden gesproken.<sup>47</sup> Een houder van 4% normale aandelen kan zeer wel feitelijk een ondernemer zijn, waar een 20%-aandeelhouder van normale aandelen dat niet hoeft te zijn. De omvang van het aandelenbezit is weliswaar een praktisch criterium om een onderscheid aan te brengen tussen 'ondernemers' aan de ene kant en 'beleggers' aan de andere kant, maar zegt niets over de materiële werkelijkheid. Het past niet in de visie van de wetgever om de faciliteiten ook open te stellen voor belastingplichtigen die geen materiële overeenkomst vertonen met de persoonlijke ondernemer. In die zin heeft de wetgever dan ook zijn eigen bedrijfsopvolgingsvisie niet consequent doorgevoerd en zou een nadere bezinning op het materiële ondernemerschap van een aanmerkelijkbelanghouder op zijn plaats zijn.

## 6. Conclusie

De conclusie is dat de preferente aandeelhouder niet als een ondernemer hoeft te worden beschouwd. Dit past in de ratio van de aanmerkelijkbelangregeling en in die van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dat voor preferente aandelen een uitzondering wordt gemaakt in geval van een bedrijfsopvolging past ook binnen de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en is ook consistent met het gevoerde beleid met betrekking tot de medegerechtigde.

Dit neemt niet weg dat onder de huidige wettelijke regelingen de faciliteiten ook kunnen worden gebruikt door belastingplichtigen die geen materiële gelijkenis vertonen met de persoonlijke ondernemer, omdat zij bijvoorbeeld geen betrokkenheid of zeggenschap hebben. Aangezien de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alleen open zouden moeten staan voor ondernemers, zou een nadere bezinning op het materiële ondernemerschap van een aanmerkelijkbelanghouder op zijn plaats zijn.

---

<sup>45</sup> Ik abstraheer van de bezits- en voortzettingstermijnen die voor de schenk- en erfbelasting in acht moeten worden genomen.

<sup>46</sup> De werknemerseis is een loze eis aangezien geen enkele eis wordt gesteld aan de omvang en inhoud van de dienstbetrekking. Zie nader § 15.3 van mijn dissertatie en de daar genoemde literatuur.

<sup>47</sup> In gelijke zin A.M.A. de Beer, t.a.p., § 5.1.